



中国法学精萃系列丛书

中国法理学精萃

(2003 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编



机械工业出版社
CHINA MACHINE PRESS



中国法学精萃系列丛书

中国法理学精萃

(2003 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编



机械工业出版社

本书精选 2002 年度全国报刊上公开发表的有代表性的优秀法理学论文编辑而成, 主要包括: “WTO 与中国法律发展”、“法制现代化的分析工具”等等。涉及法的一般理论、法治、法律与全球化、法制现代化、法律方法论五个方面。这些论文代表着 2002 年度我国法理学的发展水平。可供法律专业高年级本科生、准备考研的人士、硕士研究生、博士研究生以及法学教研人员和法律工作者参考阅读, 也可作为年鉴由图书馆资料室收藏。

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法理学精萃. 2003 年卷/法苑精萃编辑委员会
编. —北京: 机械工业出版社, 2004.1
(中国法学精萃系列丛书)
ISBN 7-111-13326-9

I. 中... II. 法... III. 法理学—中国—文集
IV. D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 099797 号

机械工业出版社 (北京市百万庄大街 22 号 邮政编码 100037)
责任编辑: 梁代军
责任印制: 路琳
北京机工印刷厂印刷·新华书店北京发行所发行
2004 年 1 月第 1 版·第 1 次印刷
1000mm×1400mm B5·18.375 印张·2 插页·549 千字
0 001—4 000 册
定价: 49.80 元

凡购本书, 如有缺页、倒页、脱页, 由本社发行部调换
本社购书热线电话 (010) 68993821、88379646
封面无防伪标均为盗版

法苑精萃编辑委员会

编委（按姓氏笔划排序）

- 王利明 中国人民大学法学院副院长、教授、博导
王保树 清华大学法学院教授、博导
王晨光 清华大学法学院院长、教授、博导
王家福 中国社会科学院法学所研究员、博导
公丕祥 江苏省高级人民法院院长，南京师范大学教授、博导
付子堂 西南政法大学副校长、教授
石少侠 国家检察官学院常务副院长，吉林大学法学院教授、博导
田平安 西南政法大学教授、博导
龙宗智 西南政法大学校长、教授、博导
石泰峰 中共中央党校副校长、教授、博导
江 平 中国政法大学终身教授、博导
孙宪忠 中国社会科学院法学所研究员、博导
朱景文 中国人民大学法学院教授、博导
张文显 吉林大学党委书记、教授、博导
李 龙 浙江大学法学院院长、教授、博导
李昌道 复旦大学法学院院长、教授
张晋藩 中国政法大学终身教授、博导
邵建东 南京大学法学院院长、教授、博导
吴汉东 中南财经政法大学校长、教授、博导
吴志攀 北京大学副校长、教授、博导
何勤华 华东政法学院院长、教授、博导
陈卫东 中国人民大学法学院教授、博导
陈光中 中国政法大学终身教授、博导

- 陈兴良 北京大学法学院副院长、教授、博导
陈明华 西北政法学院院长、教授、博导
郑成良 国家法官学院院长、教授、博导
郑成思 中国社会科学院法学所研究员、博导
赵秉志 中国人民大学法学院副院长、教授、博导
胡建森 浙江大学副校长、教授、博导
郝铁川 中共上海市委宣传部副部长，华东政法学院教授、博导
徐显明 中国政法大学校长、教授、博导
高鸿钧 清华大学法学院副院长、教授、博导
黄 进 武汉大学副校长、教授、博导
崔建远 清华大学法学院教授、博导
曹建明 最高人民法院常务副院长、教授、博导
梁慧星 中国社会科学院法学所研究员、山东大学法学院院长、教授、博导
曾令良 武汉大学法学院院长、教授、博导
曾宪义 中国人民大学法学院院长、教授、博导
霍存福 吉林大学法学院院长、教授、博导

总主编 张文显

目 录

序

★☆☆☆☆

第一部分 法的一般理论 / 1

☆☆☆☆☆

- 郑永流 法的有效性与有效的法
——分析框架的建构和经验实证的描述 / 3
- 李 琦 法的确定性及其相对性
——从人类生活的基本事实出发 / 34
- 严存生 法的合法性问题研究 / 59
- 季卫东 社会变革与法的作用 / 75
- 张恒山 论正义和法律正义 / 93
- 郝铁川 权利实现的差序格局 / 147
- 刘作翔 权利冲突的几个理论问题 / 166
- 周旺生 法典在制度文明中的位置 / 188
- 孙笑侠 两种价值序列下的程序基本矛盾 / 206

第二部分 法治 / 227

☆☆☆☆☆

- 郭道晖 论社会权力与法治社会 / 229
- 刘旺洪 国家与社会：法哲学研究范式的批判与重建 / 247
- 孙 莉 德治与法治正当性分析
——兼及中国与东亚法文化传统之检省 / 279

鲁品越 论社会隐秩序与显秩序
——兼论德治与法治的关系 / 293

任 强 “善良”为何如此重要？
——中西人治思想的一个比较观察 / 305

第三部分 法律与全球化 / 341

张文显 WTO 与中国法律发展 / 343

黄文艺 全球化与法理学的变革和更新 / 361

李 龙 经济全球化与法学的演进 / 379

周永坤 全球性时代的人权 / 392

第四部分 法制现代化 / 405

公丕祥 法制现代化的分析工具 / 407

刘 星 现代性观念与现代法治——
一个诊断分析 / 436

董彦斌 略述法律和司法的“除魅”
沿着韦伯的思路 / 458

王晨光 法官的职业化精英化及其局限 / 474

宋显忠 合理性与现代法的理性构造 / 487

第五部分 法律方法论 / 497

葛洪义 法律原则在法律推理中的地位和作用
——一个比较的研究 / 499

陈金钊 司法过程中的法律发现 / 515

谢 晖 法律诠释与意识形态 / 530

附 录 2002 年度全国主要报刊法理学论文索引 / 560



第一部分

法的一般理论

法的有效性与其有效的法

——分析框架的建构和经验实证的描述

郑永流

法的有效性是法学中的一个基本问题。对于当代中国而言,其意义更不一般。原因是中国先后事实上和正式地确认了“法治”目标,超高速地制定法律。然而,所制定的法律连同这种新的调整方式,却遇到了巨大的挑战和强烈的抗拒,其最直接也是最显著的表现是,人们的秩序感和安全感迅速下降,各种破坏秩序的行为大量发生,国家制定法的有效性因此受到了极大的质疑。由此又逻辑地引发出什么才是有效的法,以及制定法民间法孰轻孰重的追问。本研究展开的顺序是先从建构分析框架着手,然后尽可能地利用数据进行实证描述,当然也无法完全排除直觉性说理^①。

一、何谓法的有效性

法的有效性,即对规范义务人的约束力,据一些学者,如当代德国法哲学家罗伯特·阿列克斯(Robert Alexy),具有三种理解维度:社会学的、伦理学的、法律教义学的^②。

^① 笔者在1999年秋为中国政法大学研究生开设的“法社会学”学术讨论课上,曾就此文欲确立的理论分析框架,与参加该课的全体研究生进行过初步讨论,98级法理学硕士研究生彭艳崇为我搜集了一些资料,并整理了一些数据;来自不同渠道的批评,尤其是98级民法学硕士研究生冀诚的评论,促使我对某些问题进行了重新思考,谨此说明,并致谢意。

直觉性说理,尤其是文学式的直觉性说理,虽不乏实证意义,但其极可能遮蔽真正事实之缺陷,有目共睹。由于系统的有说服力的数据总是处于短缺状态,研究者不可避免要依据直觉来说理,然而,单凭直觉却是可以和应当避免的。

^② Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, München, S. 139~144. 参见 Thomas Raiser, *Das lebende Recht*, 2. Auflage, 1995, Baden~Baden, S. 258~264. 张文显:《当代西方法学思潮》,辽宁人民出版社1989年版,第393~406页。张著中还介绍了“心理的效力观”,在我看来,此种效力观揭示的是人们实际守法的心理原因,属社会学有效性范畴,故不单独列类。

社会学的有效性,首先是指法被规范义务人自愿地实际遵守,而不论该义务人是否有意识地这么做,或者是习惯所为,甚至不知道有这个规范,这就是行为有效。由于各种原因,一种规定,无论是制定法的还是民间法的,都不可能完全地为所有规范义务人自愿遵循,违规行为总会发生。如果违规行为受到制裁,法的有效性便通过制裁得以实现,这就是制裁有效。因此,社会学的法的有效性概念包括行为有效和制裁有效两个内容,这个概念强调的是法对社会生活发生的实际作用和影响,并不考虑规范内容本身是否公正,规范之间有无冲突,也不涉及规范义务人遵守规范和服从制裁的动机。此种有效属于实然有效。

由于规范常常是不同程度地被自愿遵守,或以不同的制裁方式来强迫实现的,因而,社会学上的法的有效性是可以用经验来测度的,这就产生了为德国著名的法社会学家特奥多尔·盖格尔(Theodor Geiger)所发现的规范有效率问题^①。依据此理论,如果一个规范,在10次应用中,4次被自愿遵守,3次通过制裁得以实现,其有效率达70%,其中行为有效率为40%,制裁有效率为30%,而无效率则为30%。有效率的高低反映着社会对规范的承认程度和社会的有序程度^②。不过,行为有效率和制裁有效率对规范有效的意义有所不同,人们总是倾向于规范能被较好地自愿遵守,而不愿更多地动用制裁手段,也即行为有效率要比制裁有效率更重要一些,假如行为有效率高於制裁有效率,那就说明规范更有效一些。

伦理学意义的有效性则从经验实然之维跃至应然之维。它强调的是规范内容的正确性,如果一个规范在道德上是公正的,那么,它就具有伦理学上的有效性,反之就是无效的。尽管这个规范可能是由合法的立法者经过严格的程序制定出来的,也可能被实际遵守。自然法或理性法代表着这种有效观,正是据此,二战后德国司法部门宣布纳粹时期的法律为无效之法,并依据未被修改的1871年德国刑法典对纳粹党徒审判定罪。伦理学有效性概念在法学中应用的结果是,一方面使法狭义化,即只有那些良法善法才算是法,而恶法被排斥在外;另一方面使法广义化,即将道德纳入法的范畴,模糊了法与道德的界限,如自然法及其信条既是法又是道德。以此种有效性的眼光去看待法,法就须具有一些必要的理想成分,虽然历史上还没有什么法在道德上完全是无懈可击的。

^① 参见 Thomas Raiser, *Das lebende Recht*, 2. Auflage, 1995, Baden - Baden, S. 260~261.

^② 盖格尔的规范有效率理论虽使规范有效性问题进一步精确化,但如何获得各种规范的有效率的统计数据,却非易事,这不免限制了这一理论的适用范围。

第三种对有效性的理解是法律教义学的 (Rechtsdogmatisch), 又称法的逻辑有效性, 它处在规则实然之维中。其视角是内在的、形式的, 即一个规范, 只要是由一个合法的权力机关, 按照大家认可的制定程序创立出来, 并且与整个法律体系和谐一致, 那它就是有效的。当然, 在不同的历史时期, 这些形式要求有很大的不同, 尤其是在有成文宪法的国度, 特别需注意不同等级法之间的服从关系, 如在中国, 地方性法规不能与法律、行政法规相抵触, 所有的法要符合宪法。在判例法国家, 一个法官的判决, 只要经合法的方式被宣告, 一般说来, 不与前例冲突, 也就取得了最终的效力。至于这种规范或判决是否公正, 是否被实际遵守, 则并不影响其有效性。

显然, 这三种法的有效性, 立场各异, 社会学的有效性概念极好地反映出人们对具有调控社会功能的法的期待, 伦理学的有效性概念使人们保持对法的批判与反思能力, 而法的科学性, 尤其是复杂社会的法的建构技术, 则在法律教义学的有效性概念中显现。同时它们又相互补救, 一起完善了法的有效性理论。但也由此衍生出大相径庭的法律观。

二、三种有效性与三种法

(一) 社会学有效性视野下的法——民间法

在与法的类别的联系上, 社会学的有效性概念, 虽未直接指明它与什么法相连, 但由于社会学的主要旨趣在于事物存在的实际状态, 也即事实应然, 所以, 此一对有效性的理解与民间法联系更紧密一些。原因在于这些民间法是在长期的历史中, 经过反复的博弈、筛选而成的, 占据着时间之维的优势。另外, 这些民间法存在于小型社会或团体之中, 规范义务人相互比较熟悉, 监督相对容易, 违规成本较高, 这就使得其实际有效性增强。

关于民间法, 学界尚无明确的说法, 习惯上将之与活法、习惯法等而视之, 也有许多人不加区别地以活法、习惯、风俗、习俗或惯例来指代民间法。一般说来, 这并无什么大的不当, 但如果确要深究, 相比自然法和国家法来, 不得不多费些笔墨。

所谓“活法”(Lebendes Recht, living Law), 在其创立者——奥地利著名法社会学家埃利希(E. Ehrlich)那里, 是指社会法(Gesellschaftliches Recht), 即存在于人的团体中的法, 相对于司法人员法(Juristenrecht)和国家法

(Staatliches Recht)。他认为,整个人类社会由无数团体组成,其内部组织建立在其每个成员遵循的行为命令或规范之上,因而,这种法又可叫作“组织法”(Organisationsrecht)。间或,埃利希又使用“民间法”(Volksrecht)来指代它^①。

司法人员法,意谓司法人员在解纷并做出裁决时所遵循的规则,它只是在解纷时起作用,并不规约人的一般行为,因之,它又称“判决规范”(Entscheidungsnorm)^②,这就与规范人的一般行为的社会法区别开来。而这里,司法人员包括一切团体中担负解纷任务的人,并非专指国家的法官或检察官。埃利希的国家法是非常狭义的,是为国家创立用来干预社会的法,所调整的事务非国家莫属,埃利希称之为“干预规范”(Eingriffsnorm),它由军队的组织法、警察法(当时基本为行政法的同义语)和税法构成。同时,也不能将他的国家法与制定法(Gesetzesrecht)等同,因为后者还包括为立法者所接纳的社会法和司法人员法^③。在这三类法中,埃利希对社会法尤为看重,认为它成长于人类社会生活中的“法律事实”,具有强大的生命力,这反映出他的市民社会的法律观。

法社会学的另一先驱——韦伯(Max Weber)虽未直接论及什么是民间法,但他对习惯、习俗、惯例和法的严格界定,为我们理解民间法及什么是法提供了极好的方法论启示。韦伯的整个社会学研究思路,是从其社会学的核心范畴——社会行为发端。所谓社会行为,在他看来,是指依据行为者意向做出的并与其他人的举止相关联的行为。它可分为目的合理、价值合理、情感和传统行为四类^④,社会行为产生社会关系。对本文及全部规范科学具有启发性意义的,是他对社会行为的规律性,即什么东西决定着人们总是如此行为的分析。在这种分析中,他将习惯、习俗、惯例和法区别开来^⑤。

韦伯认为,习惯(Brauch)是在一定范围内存在的事实上的实践或机会,如果这种习惯是长期存在的,便可称为习俗(Sitte)。两者无根本差别,只是存续的时间长短和范围大小不同。但习惯也好,习俗也罢,它们决定的社会行为的规律性并不总是绝对的,具有或然性,其规律性机会可大可小,如教师讲课时学生在下面静听并做笔记,是一种习俗,但有时学生可能在下面交头接耳。像其他法

① Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, S. 34~62, 4, Aufl. 1989.

② Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, S. 112, 4, Aufl. 1989.

③ Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, S. 124, 134, 4, Aufl. 1989.

④ [德] 韦伯著,林荣远译:《经济与社会》(上),商务印书馆1997年版,第40页、第54~57页。

⑤ [德] 韦伯著,林荣远译:《经济与社会》(上),商务印书馆1997年版,第60~61页。

社会学家一样,韦伯认为,发生这种情况的原因在于,习惯或习俗是非规范性的,缺乏外在的保障。

根据韦伯的理解,社会行为当由规范性的东西来决定。所谓规范性的东西是指具有合法性和约束力的秩序(Ordnung),行为者遵守这种秩序,缘于他认可了该秩序的合法性。人们对一种合法性的认可,分别出于四种不同的动机:情感的、价值合理的、宗教的,此三种是纯内在的,还有利害的考虑,为外在的。韦伯把由利害动机加以保障的合法性秩序,看作是理性的、理想的秩序类型。此一类型的秩序,一为惯例(Konventionen),即偏离它时有制裁作保障的习俗;一为法(Recht),它也是一种具有外在强制力的规则,这种强制或是心理的,或是身体的。法与惯例的差别仅体现在制裁的实施方式上,法的制裁是通过一个专门的制裁班子来实现的,而惯例的制裁缺乏这样一个专门的制裁班子。韦伯在这里所说的法,首先是指国家法,还包括具有专门制裁班子的团体的规则,如教会、政党、工会及其他协会的规则,而那些只通过社会压力、公共意见来保证实施的行为规则被排斥在法之外^①。

对比他们二人,埃利希主要从国家与社会分离角度,给出了民间法的非国家性这个外部基本特质,而韦伯的贡献则在于,他从社会行为的规律性入手,通过对规范应具有的外在强制力的揭示,为我们理解民间法的内部特征指明了方向。藉此两点,大体可以获得一个关于民间法的整体形象。如果略作概念性加工和补充,所谓民间法,意指一种存在于国家之外的社会中,自发或预设形成,由一定权力提供外在强制力来保证实施的行为规则。民间法的范围颇为宽泛,各类民间法调整的重心也有不同,就中国而言,它们包括:(1)家法族规。历史上曾地位显赫,现今虽有所复活,但总体上呈颓势。它以血缘为基础,兼及地缘性,主要规范宗法事务,婚姻继承,一般民事行为和公益事业。(2)乡规民约。一种在当代作用日渐增强的民间法样式,尤其是在农村。其地缘色彩浓郁,调整范围广泛,计有自治组织事务,土地承包,建房,兴办企业,人口户籍控制,治安,教育等公益事业。(3)宗教规范。主要处理宗教组织,宗教礼仪,宗教戒律等事务。(4)秘密社会规范。内容与宗教规范相当,也是有关组织、礼仪和戒律方面的。(5)行业规章。其调整内容有从业条件,从业方式,行业禁忌及职业道德。(6)少数民族习惯法。它主要涉及社会组织,婚姻家庭,财产权,债权,禁忌,刑罚。

^① [德] 韦伯著,林荣远译:《经济与社会》(上),商务印书馆1997年版,第64~67页。

这些民间法多为长期自然演进生成,在此意义上,大体可以说,民间法就是习惯法。因而,习惯法是指一种存在于国家之外的社会中,自发形成并由一定权威提供外在强制力来保证实施的行为规则。但各类民间法中都有一些人为建构的成份,特别是今天农村占乡规民约主体的村民自治章程,更像是国家法律 and 政策的实施细则,而与自发形成的习惯法相去甚远。是故,又不能将民间法完全视为习惯法^①。

(二) 伦理学有效性意义上的法——自然法

自然法在人们观念中,被认定为内容绝对正确(当然实际并非如此),天然地具有伦理学的有效性。自然法虽是一个早已被西方普遍接受的概念,然而,其安身立命之处和内容却相当不确定。它先后置身于自然、神意和人的理性之中,其内容相应为万物的秩序或性质、正义、自由、公平、人权等。自然法不过是一套价值原则体系。鉴于自然法的这种特性,人们遂常将它与道德互换使用。

古代中国文化没有创造出自然法这个概念,但是否也不存在自然法思想,学界争议颇大。在我看来,延续了两千多年的礼法、德刑孰轻孰重之争,与西方关于自然法与实证法或道德与法律关系的论辨,在思维方式上,无甚大的抵牾。不同的只是没有明确划出应然和实然两个世界,并使之对立,相反,却过于求同求和;另外,中国的道德原则与西方的自然法也有些旨趣相异,有普世的成分,同时又讲求世俗家族化。为分析的便利,以西方的自然法指代古代中国的道德礼教和当代中国的道德并无不可。事实上,人们就是以道德原则作为评判国家法和民间法的标准。与西方自然法的时代性相仿,中国的道德原则大体可分出传统的和当代的。传统的道德原则,按张岱年先生的分法,在对待社会上有:公、忠、任、恤;在对待他人上有:信诚、廉让、孝亲、慈幼;在对待自己上有:廉立、知耻、勤劳、节俭^②。当代中国的道德体系,既包括这些积淀下来的公认正当的成分,又有采自西方的正义、自由、公平、效率、人权等。

(三) 法律教义学有效性意义的法——国家法

国家法是国家的政治产品,随国家而生而长,与国家密不可分,以致凯尔森

① 民间法的分类及内容可参见下列资料:费成康主编:《中国的家法族规》,上海人民出版社1998年版;王沪宁:《当代中国村落家族文化——对中国社会现代化的一项探索》,上海人民出版社1992年版;民政部基层政权司编:《中华人民共和国村民委员会有关法规、文件及规章制度选编》,社会科学出版社1995年版;高其才:《中国习惯法论》,湖南出版社1995年版。

② 张岱年、姜广辉:《中国文化传统对话》,中国广播电视出版社1990年版,第90~94页。

(Hans Kelsen)干脆说两者是一个东西^①。国家法是由国家创设并提供外在强制力来保证实施的行为规则。其表现形式,一为制定法,一为判例法,一为经国家认可的民间法。除此,在当代中国,充分体现出国家主义,同样可被视作为国家法的“实施细则”的单位规章,或可列入其中,它涉及单位人及家庭利益之深,远超过其他非国家法,诸如住房、教育、医疗、就业、退休养老、交通、体育等福利,工作和人事制度,无一不在其掌握之中^②。

在全部的规则形式中,制定法最能体现人类的建构理性及人对万物的支配欲望,尽管不少学者,如哈耶克,对制定法(立法)所体现的建构理性持激烈的批评态度,但自19世纪以来,制定法一直为各国法的体系之主干,并愈来愈趋向全能主义,几呈不可逆转之势。社会生活日益复杂化,也在客观上促进了具有强烈预设功能的制定法迅速成长。制定法对形式合理情有独钟,首先是由于它依赖一个有形的权威主体,制定者必须具有形式合法性;其次,制定法需要有严格的立法程序和技术,以保证勿因内部的不和谐乃至冲突而损害其预设功能。因而,法律教义学有效性的概念遂更多地与制定法相连。

归纳各种法的有效性与不同类别的法的理论联系情况如下:

表1 三种有效性与三种法的理论联系表

有效性的内容 法的类别 联系点及程度	民间法 (习惯法)	自然法 (道德)	国家法 (制定法 判例法)
社会学:实际效果	VVV		
伦理学:内容正确		VVV	
法律教义学:形式合理			VVV

此表旨在从理论上建立不同类别的法与各种有效性的理论联系模型,因任何模型均建诸于纯粹的抽象之上,也就排斥了例外,但也有助于对二者的实际联系进行事实描述。经验中的各种法可能同时在上述三方面有效,如为当代大多数国家刑法所确认的罪刑法定原则,这当为法的有效性理论的终极追求;也可能只展现一种或两种有效性,如中国将通奸妇女沉塘的习惯法,虽自明初起延续了几百

① [奥]凯尔森著,沈宗灵译:《法与国家的一般理论》,中国大百科全书出版社1996年版,第203~204页。

② 参见周翼虎、杨晓民:《中国单位制度》,中国经济出版社1999年版;李路路、李汉林、王奋宇:《中国的单位现象与体制改革》,载《中国社会科学季刊(香港)》1994年第2期。

年,但无论如何,太过于不人道。建立此模型的目的,是为了给人们提供一种分析工具,去分析一些无效的法究竟失效于何处,进而有的放矢地进行补救。在今天这样一个以制定法为主的年代,特别要考虑到,如何尽量使制定法内容既正确,形式又合理,还能有实效。同理,在比较民间法与制定法的优劣时,要兼顾到它们各自的三维有效性,惟此,方能做出恰如其份的肯定或否定。

三、当代中国法在何种意义上失效

当代中国各类法而不是某一类法在总体上有实效性不强,致使人们形成了普遍的“社会失范”之感觉,这虽是有目共睹之事实,但似乎还缺少有力和系统的实在证明。在此,不妨借助上述模型,从实际效果、内容正确和形式合理三个维度,在经验层面上,对当代中国民间法、自然法和国家法究竟如何失效作一描述。

(一) 民间法

民间法在目前被看好,最主要的两个原因,一是国家法的实际效果被经验证明不尽如人意,一是民间法与实际效果之间存在的逻辑联系。然而,就当代中国民间法的实际效果而言,经验与逻辑呈现出较大的不统一,并未满足人们的推定。也就是说,国家法的实际效果不佳并不意味着民间法必然具有实效。当然,人们完全可以假定民间法有效,但需大量的、普遍的而不仅是个案的实证证明。由于无论是证实的还是证伪的可以“数字化”的全貌性实证材料不足,这里仅能提供乡规民约和家法族规的一些不那么有效的情况。尽管我们的衣食住行工作经历早已说明,当代中国人主要不是生活在民间法中,而大量地受制于国家的政策法律,“天高皇帝远”的时代离我们愈来愈远,然而,从科学上看,还不得不费些笔墨。

先来看在当代中国民间法中占主要份额的乡规民约。一般而论,乡规民约的特点在于其地缘性,有学者认为,目前中国农村的村庄治权主要维系于乡规民约,而不是源于基层政权的强力控制^①。依据此判断,似乎可以对乡规民约的实际效力给予高评。然而,据另几项实证研究,“强力控制说”不无根据,如张厚安等人的研究表明,65%的村虽建立了村民委员会,但其性质和运行方式仍为行

^① 张静:《乡规民约体现的村庄治权》,载《北大法律评论》1999年第2卷第1辑,法律出版社1999年版,第4~7页。对此文的讨论意见,见同辑第229~232页。